

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 1947** *Resolución de 31 de enero de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil VIII de Madrid, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.*

En el recurso interpuesto por don N. S. L., como consejero delegado de la sociedad «Adiante, Tecnología, Ingeniería y Servicios, S.A.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil VIII de Madrid, don Luis María Stampa Piñeiro, por la que se rechaza la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

Hechos

I

Por el notario de Madrid, don Luis Núñez Boluda, se autorizó, el día 28 de julio de 2017, escritura pública en la que comparecía el secretario no consejero de la sociedad «Adiante, Tecnología, Ingeniería y Servicios, S.A.» a fin de elevar a público los acuerdos que resultaban de la certificación emitida por el propio compareciente, con el visto bueno del presidente de la sociedad, don N. S. L. De acuerdo con la certificación, se elevaron a público los acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad, en su reunión celebrada el día 25 de julio de 2017, de cese y designación de cargos y, por el subsiguiente consejo de administración celebrado a continuación, de cese y nombramiento de secretario del consejo. Resulta de la escritura que la junta fue celebrada ante el notario autorizante. De acuerdo con la documentación protocolizada, la junta fue convocada por acuerdo del consejo de administración de fecha 12 de junio de 2017, tal y como resulta de los anuncios llevados a cabo en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» y en un diario. A continuación, consta otro anuncio del que resulta que, a instancia de un socio minoritario, se complementaba la convocatoria con determinados puntos de orden del día. Se especificaba en el anuncio la fecha de solicitud del complemento, así como la identidad del socio y su porcentaje de capital social. De este último anuncio, resultaba que intervendría notario en la junta por solicitud del socio minoritario, de conformidad con el artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital. Consta finalmente el lugar, la fecha y el nombre y cargo del presidente del consejo de administración.

Tras una primera calificación, de fecha 11 de septiembre de 2017, la escritura se devolvió acompañada de una diligencia del propio notario autorizante de fecha 14 de septiembre de 2017. Nuevamente calificada de forma negativa en fecha 28 de septiembre de 2017, se devolvió la escritura pública junto con acta notarial, de fecha 20 de julio de 2017, autorizada por el mismo notario, don Luis Núñez Boluda.

II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Luis María Stampa Piñeiro, registrador mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/Asiento: 2774/751 F. presentación: 21/08/2017 Entrada: 1/20171127.759,0 Sociedad: Adiante Tecnología Ingeniería y Servicios Autorizante: Núñez Boluda Luis Protocolo: 2017/1349 de 28/07/2017 Fundamentos de Derecho (defectos) 1.–Primero.–Se presenta acta notarial

de la Junta General de la entidad «Adiante Tecnología Ingeniería y Servicios S.A.» autorizada por el notario de Madrid Don Luis Núñez Boluda el 20 de julio de 2017, por ser necesaria para la calificación de la escritura otorgada el 28 de junio de 2017 ante el notario don Luis Núñez Boluda, y subsiguiente diligencia de rectificación según consta en la nota de calificación de la mentada escritura. Segundo.—En el Acta, el notario detalla el acuerdo por el que se convoca la junta y lo incorpora a la misma. Se protocoliza certificación del Consejo de administración de 12 de junio de 2017, por la que se acuerda la convocatoria de la Junta General. Dicha certificación está solo firmada por el presidente de la entidad y no por el secretario. No se aporta certificado del acuerdo de ampliación de la convocatoria. Tercero.—En la escritura de 28 de julio de 2017 presentada en este registro el 21/08/2017 N. Entrada 111.073c, se dice por el notario autorizante: «La junta se celebró ante mí según consta en el acta de presencia de fecha 20 de julio de 2017, número 1264». Se suspendió la escritura porque no constaba ni la mayoría en que se adoptó el acuerdo ni la aprobación del acta, por nota al pie del título de 11 de septiembre de 2017. Cuarto.—Se presenta diligencia por el mismo notario en la que se incorpora un certificado expedido por el nuevo secretario nombrado en el que transcribe el resultado de la votación según consta en el acta mencionada y respecto de la aprobación del acta, se lee: «Que en dicha certificación no se hizo constar el resultado de las votaciones de cada uno de los acuerdos, que figuran en el acta otorgada ante el Notario de Madrid D. Luis Núñez Boluda, de fecha 20 de julio de 2017, con el n.º 1264 de protocolo, y que, de acuerdo con el artículo 203.2 de la Ley de Sociedades de Capital, como tal acta notarial 01/2017 no precisó aprobación de los asistentes, ni firma del Presidente o Secretario, ya que tenía la consideración de acta de la Junta, y que como tal se transcribió en el Libro de Actas». Quinto.—Por nota de calificación de 28 de septiembre de 2017, se suspende la inscripción ya que «existe una contradicción entre lo que se expresa en la escritura y la certificación inserta en la diligencia de rectificación. En un caso se indica que es un acta de presencia y en el otro que es acta de junta». Solicitando que se aportase el acta notarial para su calificación, advirtiendo que solo si reúne los requisitos de los arts. 101 a 103 del RRM, podrá considerarse acta de la Junta. Se aporta el Acta siendo necesaria, no solo para la completa calificación de los requisitos formales del acta, sino también para calificar la convocatoria de la Junta general, incluyendo los acuerdos del Consejo de Administración, (véase Res de la DGRN de 11 de marzo de 199 [sic]), lo que, además, incide en el requerimiento al notario. Primero [sic]- En el acta se protocoliza el acta del acuerdo del Consejo de 12 de junio de 2017 por el que se acuerda convocar la junta. La convocatoria de la Junta se publicó en el BORME el 22 de junio de 2016. El 6 de julio de 2017 se publica un anuncio de ampliación de convocatoria, por haber sido solicitado por un accionista que es titular del más del 5% del capital social. En dicho anuncio no consta que el Consejo haya acordado la ampliación de convocatoria. Está firmado solo por el presidente, que también es Consejero Delegado. Según el art. 249-bis j) de la LSC, entre las materias indelegables por el consejo al Consejero Delegado está la de: «La convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos». No solo es indelegable la convocatoria, sino la elaboración del orden del día, y una ampliación de convocatoria es precisamente lo que persigue (art. 171 LSC): modificar el orden del día, cuya fijación es competencia es del Consejo. La firma del anuncio podrá ser la del consejero delegado, pero el acuerdo de la ampliación debe tomarse por el Consejo, y en el Acta notarial, no hay certificación alguna que lo recoja. Sin duda, el art. 172 LSC, concede en la sociedad anónima, a los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, la facultad de solicitar que se publique un complemento a la convocatoria de una junta general de accionistas incluyendo uno o más puntos en el orden del día, pero, según resulta de este artículo los accionistas solo pueden solicitar la ampliación y será el Consejo quien lo deba ejecutar, acordando la ampliación, ya que es el único órgano social competente para tomar ese acuerdo. Segundo.—Eso enlaza con el requerimiento al notario para que levante Acta de la Junta, ya que solo puede requerir la presencia del notario, para que levante Acta de Junta, quien la ley autoriza. El 203 de la LSC establece que son los administradores quienes podrán requerir la presencia de notario para que levante acta de la junta general. En igual

sentido se pronuncia el art. 101 del RRM que establece: el Notario que hubiese sido requerido por los administradores para asistir a la celebración de la Junta. Los administradores, que siendo el órgano de administración el consejo, será por un acuerdo de ese órgano. Así la Res de la DGRN de 24 de octubre de 2000, vigente entonces la LSA, sigue vigente su doctrina ya que el art. 114 LSA, coincide con el 203 de la LSC, dijo: «Es cierto que el requerimiento de la presencia de Notario para levantar acta de la junta general de accionistas constituye --como la de convocatoria de la misma, dejando al margen los supuestos previstos de convocatoria judicial-- competencia reservada por la ley al órgano de administración con carácter exclusivo, función que se contempla como facultad y como obligación (cfr. artículo 114 de la Ley de Sociedades Anónimas), y que en caso de existir un órgano de administración plural ha de ser atribuida a sus miembros en idéntica forma a la correspondiente a su actuación», En nuestro caso, resulta que el requerimiento nace del anuncio de complemento de convocatoria, que no consta que se hubiere acordado por el Consejo. Además, en cualquier caso, no se aporta al notario ninguna certificación de acuerdo del consejo sobre ese punto. Es más, el notario en el acta dice que ha sido requerido por el presidente del Consejo, que es, también, consejero delegado y que además está autorizado por el acuerdo del Consejo de 12 de junio de 2017, y en ese acuerdo, cuya certificación se protocoliza, solo se acuerda la convocatoria de Junta General, pero nada se dice de requerir la presencia del notario para que levante Acta de la junta. Resulta, por tanto, que la actuación del notario se ha solicitado, únicamente, por el consejero delegado. No es, por ello Acta de Junta sino de mera acta de presencia. Por tanto, como el Consejo de Administración no acordó el complemento de convocatoria, no puede basarse en el mismo ni las mayorías de los acuerdos ni la aprobación del acta, además, por no haber sido requerido el notario por el Consejo de Administración para que autorice el Acta de la Junta General. Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...) Madrid, a 25 de octubre de 2017 El registrador (firma ilegible)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don N. S. L., como consejero delegado de la sociedad «Adiante, Tecnología, Ingeniería y Servicios, S.A.», interpuso recurso el día 16 de noviembre de 2017 en virtud de escrito, en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Primero.—Que convocada la junta general por acuerdo del consejo de administración de fecha 12 de junio de 2017, se publicaron los anuncios correspondientes el día 22 de junio de 2017; Que, en fecha 26 de junio de 2017, se recibió de un accionista minoritario notificación fehaciente de complemento de convocatoria; Que el presidente del consejo y consejero delegado solicitó la convocatoria urgente del consejo, que no pudo llevarse a cabo por falta de quórum al no asistir algunos de los consejeros convocados; Que el presidente y consejero delegado decidió dar curso a la solicitud de ampliación de convocatoria con el fin de atender un derecho fundamental del accionista e impedir que la junta incurriera en vicio de nulidad; Que la ampliación de la convocatoria se publicó a continuación; Que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de junio de 1999 que cita la nota de calificación se refiere al supuesto de convocatoria unilateral de un consejero delegado y viene a permitir lo contrario a la tesis que defiende el registrador; Que el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital no especifica quién debe publicar el complemento de convocatoria ni si debe existir un acuerdo previo; Que no se discute que el artículo 249 bis de la Ley de Sociedades de Capital sanciona que es competencia exclusiva, y no delegable, la convocatoria de junta y la fijación del orden del día, como no cuestiona que el consejo de administración está legitimado para publicar el complemento de convocatoria, pero sí que sea el único legitimado para hacerlo; Que es indudable que la convocatoria de junta requiere previo acuerdo del consejo, como lo es cuando la convocatoria es solicitada por la minoría y, si no lo hace, la ley establece un mecanismo que permite al socio acudir al registrador Mercantil o al letrado de la Administración de Justicia; Que no ocurre igual cuando un accionista solicita complemento de convocatoria, por lo que no se puede asimilar el supuesto con el de indelegabilidad de

materia contemplado por el artículo 249 bis de la Ley de Sociedades de Capital. La ampliación de la convocatoria no es una decisión del consejo y, por tanto, no queda comprendida en el precepto citado; Que, en el supuesto de complemento de convocatoria, el consejero delegado no ha elaborado el orden del día, sino que se ha limitado a incluir los puntos solicitados por la minoría. Es preciso tener en cuenta la brevedad de plazos contemplada por la ley, cinco días, así como la perentoriedad de actuación de la sociedad, que ha de publicar la ampliación con quince días de antelación a la celebración de la junta. En caso de inacción o rechazo del complemento, el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital prevé la nulidad de la junta, a diferencia de supuesto del artículo 168 en el que se prevé que el accionista acuda al registrador o al letrado de la Administración de Justicia. Hay una asimetría entre la regulación de la convocatoria a solicitud de la minoría y la del complemento de convocatoria que justifica el carácter delegable de la segunda, y Que lo contrario supone restringir el ejercicio del derecho a la ampliación de la convocatoria cuando la ley no especifica quién debe cumplimentarlo poniendo en peligro el derecho de la minoría; Segundo.—Que el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital no dispone que se solicite del órgano de administración una ampliación del orden del día sino, directamente, que se publique el complemento de convocatoria, y Que, ante la solicitud de complemento del orden del día, la función del consejo no es autorizarlo, sino verificar que se cumplen los requisitos legalmente previsto y llevarlo a cumplimiento. No hay facultad discrecional, sino obligación legal. El cumplimiento del acto debido debe prevalecer ante la eventualidad de que el órgano de administración no se reúna o no vote favorablemente, como ha ocurrido en el supuesto de hecho; Tercero.—Para las sociedades cotizadas, el artículo 529 ter, 2, permite que cuando concurren circunstancias de urgencia debidamente justificadas el órgano delegado pueda tomar decisiones sobre facultades indelegables. Dicha posibilidad admitida para sociedades cotizadas debe igualmente admitirse para las no cotizadas por aplicación analógica de la norma. En el supuesto la situación de urgencia la constituye el ejercicio del derecho por la minoría provocando la nulidad de la junta general, lo que justifica la actuación del consejero delegado con el fin de preservar su derecho; Cuarto.—Las conclusiones anteriores se refuerzan desde la perspectiva de la responsabilidad de los administradores, como resulta del artículo 236.1 de la Ley de Sociedades de Capital que además, en su apartado cuarto y, «a sensu contrario», la descarga sobre el consejero delegado; Que en esta tesitura el consejero delegado sólo podría descargar su responsabilidad, conforme el artículo 237, si demuestra que hizo lo posible para evitar el perjuicio, lo que pasa precisamente por dar curso a la solicitud de complemento de convocatoria, y Que, en definitiva, la interpretación de la situación de hecho debe pasar por la protección del derecho de la minoría, y Quinto.—Que tampoco puede aceptarse la afirmación que hace el registrador sobre la presencia del notario en la junta pues el artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital impone la obligación de su presencia cuando lo solicite la minoría; Que dicha solicitud es también un derecho de la minoría siempre que cuente con el mínimo de capital exigido como ocurre en el supuesto; Que el planteamiento es similar a la cuestión anterior pues, los administradores, deben limitarse a cursar la petición; Que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado citada por la nota de fecha 24 de octubre de 2000 es anterior a la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital y analiza una cuestión distinta a la planteada como es que el presidente, y no el consejero delegado, requiera la presencia de notario ante una convocatoria aprobada por el consejo de administración. En el caso presente, el consejero delegado se ha limitado a dar curso a una solicitud llevada a cabo por la minoría. Además el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital no contempla la solicitud de presencia de notario como facultad indelegable; Que, en definitiva, la solicitud de presencia notarial llevada a cabo por la minoría constituye un acto debido del órgano de administración, por lo que puede ser efectuado por el consejero delegado, y Que solicita la revocación de la calificación, así como, a los efectos del artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil, que se lleve a cabo el depósito de las cuentas anuales de la sociedad cuyo folio se encuentra cerrado, precisamente porque fueron aprobadas en la junta cuyos acuerdos fueron calificados negativamente.

IV

El registrador emitió informe el día 1 de diciembre de 2017, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Notificado al notario autorizante del título calificado el recurso interpuesto, el mismo no realizó alegaciones.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 166, 167, 168, 169, 172, 174, 176, 203, 204, 209, 225, 236, 237, 238, 240, 241, 242, 245, 249 y 249 bis de la Ley de Sociedades de Capital; 101 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 febrero y 13 junio de 2012, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de julio de 2010, 11 de octubre de 2011, 28 de junio y 1 de octubre de 2013, 6 de febrero de 2015 y 3 de agosto de 2016.

1. Convocada junta general de una sociedad anónima por acuerdo del consejo de administración y llevados a cabo los anuncios de convocatoria, se publica con posterioridad un complemento de convocatoria por solicitarlo un socio. Presentada la escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados junto con copia del acta notarial llevada a cabo, el registrador suspende la inscripción porque no resulta la existencia de acuerdo del consejo de administración en relación al complemento de convocatoria y porque la presencia de notario tampoco ha sido acordada por el consejo, de modo que el acta que acompaña a la escritura no es acta de junta sino mera acta de presencia. El recurrente disiente de la calificación en los términos que por extenso resultan de los hechos expuestos, solicitando la revocación de la calificación y, además, la práctica del depósito de cuentas de la sociedad correspondiente al ejercicio 2016 aprobadas en la propia junta general cuyos acuerdos han sido objeto de calificación.

Esta última petición debe ser rechazada de plano por cuanto el objeto de este expediente lo constituye exclusivamente la calificación impugnada, que es la transcrita más arriba y que viene referida exclusivamente a la titulación a la que se ha hecho referencia. Dispone el artículo 326 de la Ley Hipotecaria lo siguiente: «El recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma».

En base a dicho precepto, es continua doctrina de esta Dirección General (por todas, Resolución de 14 de julio de 2017, basada en el contenido del artículo y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad y Mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho.

Ciertamente si las cuentas sociales han sido presentadas a depósito y calificadas negativamente, la decisión del registrador Mercantil puede ser objeto de impugnación vía el recurso previsto en el ordenamiento (artículo 368.3 del Reglamento del Registro Mercantil), pero no ocurre así en el supuesto presente en el que el objeto del recurso se circunscribe a la decisión del registrador Mercantil realizada en base a la rogación de inscripción de acuerdos sociales. En consecuencia, no se llevará a cabo pronunciamiento alguno en relación al depósito de cuentas de la sociedad.

2. Entrando en el fondo del asunto y por lo que se refiere a la primera cuestión planteada, es preciso analizar si en el ámbito de una sociedad anónima con junta convocada, la solicitud de ampliación de convocatoria a que se refiere el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital requiere, cuando el sistema de organización es el de consejo de administración, de un previo acuerdo de éste.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (Resoluciones de 28 de junio y 1 de octubre de 2013, entre otras) que la facultad de convocatoria de la junta general está reservada legalmente al órgano de administración con carácter exclusivo, según el artículo 166 de la Ley de Sociedades de Capital, al margen de supuestos singulares como el relativo a la sociedad en fase de liquidación -como resulta del mismo precepto legal-, el

de convocatoria por el registrador Mercantil o letrado de la Administración de Justicia (artículos 169 y 171, párrafo primero, de la Ley de Sociedades de Capital) o el de órgano de administración incompleto y con objetivo limitado (como admite el párrafo segundo del artículo 171 de la misma ley). Promulgada la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo esa doctrina tiene su consagración legal en el artículo 249.bis.j) de la Ley de Sociedades de Capital en que se considera como facultad indelegable del consejo «la convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos».

Cuando la ley reconoce dicha competencia a los administradores lo hace en conjunto a todos los que forman parte del órgano de administración, y no «uti singuli» a cada uno de sus miembros. Es decir, se trata de una atribución conjunta a quienes tienen la condición de administradores, para que la ejerciten de conformidad con la estructura propia correspondiente a la modalidad del órgano de administración que tenga adoptada la compañía.

Si la sociedad ha optado por la estructura de varios administradores mancomunados, la convocatoria debe hacerse de conformidad con las reglas que rigen su ejercicio (vid. Resoluciones de 18 de septiembre y 28 de octubre de 2013 y 23 de marzo y 25 de julio de 2015).

Si la sociedad ha optado por la estructura de consejo de administración, como ocurre en el supuesto de hecho que da lugar a la presente, es a este órgano colegiado a quien corresponde, según sus propias normas de funcionamiento, adoptar la decisión de efectuar la convocatoria.

La circunstancia de que así sea es trascendental a los efectos de procurar la inscripción de los acuerdos alcanzados pues como pone de relieve, entre otras, la Resolución de esta Dirección General de fecha 18 de abril de 2012, es criterio reiterado que el registrador Mercantil debe calificar todos los extremos concernientes a la celebración de una junta general que redunden en la validez de la misma. Así ocurre, a modo de ejemplo, con los requisitos de la convocatoria (Resolución 9 de febrero de 2012), persona legitimada para convocarla (Resoluciones de 11 de marzo y 6 de abril de 1999 y 24 de enero de 2001), cómputo del plazo de celebración (Resoluciones de 10 de julio y 6 de noviembre de 1995, 15 de julio de 1998 y 9 y 10 de febrero de 1999), lugar de celebración (Resoluciones de 1 de diciembre de 1994, 18 de febrero de 1998 y 2 de octubre de 2003), quórum de asistencia (Resoluciones de 2 de febrero 1957 y 19 mayo de 2006), representación de los asistentes (Resoluciones de 7 de febrero 1996 y 5 de marzo 1997), validez de los acuerdos (Resoluciones de 7 de febrero 1996 y 5 de marzo 1997), y aprobación del acta (Resoluciones de 30 de septiembre de 2000 y 10 de octubre de 2005). Si como consecuencia del incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos la convocatoria de la junta o los acuerdos en ella alcanzados resultaran viciados de nulidad el registrador está obligado a rechazar la inscripción solicitada.

Cifándonos a los requisitos de convocatoria, y como afirma la Resolución de 6 de febrero de 2015, la validez de los acuerdos que puede adoptar la junta general dentro del ámbito de sus competencias está condicionada no sólo a que lo hayan sido por la mayoría legal o estatutariamente exigible, sino, como requisito previo, a la válida constitución de la propia junta, lo que exige su previa convocatoria (cfr. artículo 174 de la Ley de Sociedades de Capital) incluyendo el orden del día, salvo que se trate de junta universal, en cuyo caso es necesaria la aceptación unánime, no sólo en relación con la celebración de la junta, sino respecto de los temas a tratar en ella (cfr. artículo 178.1). Esta exigencia cumple la doble finalidad de brindar a los socios un cabal conocimiento de los asuntos sobre los que son llamados a pronunciarse, permitiéndoles informarse y reflexionar sobre el sentido de su voto, así como decidir sobre la conveniencia de asistir o no a la reunión, y garantizarles, por otra parte, que no podrá tomarse ninguna decisión sobre asuntos acerca de los cuales no se preveía deliberar ni adoptar acuerdo alguno.

Como afirma la Resolución de 28 de junio de 2013, si el órgano de administración ha adoptado la forma de consejo, su régimen de actuación ha de ser el propio de los órganos colegiados dentro del marco diseñado al respecto por los estatutos sociales atendiendo a

las exigencias que les impone el artículo 210.1 de la ley (cfr. la Resolución de 8 de marzo de 2005). Y, según doctrina jurisprudencial (vid. entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1986, 24 de febrero de 1995, 8 de octubre de 2001, 4 de diciembre de 2002, 14 de marzo de 2005 y 30 de octubre de 2009), la facultad o deber de convocar las juntas generales de la sociedad corresponde al consejo de administración, de modo que si el consejo no convoca, su voluntad no puede ser suplida por su presidente o uno de sus miembros, sino que ha de interesarse la convocatoria judicial (hoy por el letrado de la Administración de Justicia o por el registrador Mercantil).

Resulta en consecuencia que la falta de validez del previo acuerdo del consejo de administración sobre la convocatoria de junta o su ausencia es causa de invalidez de la convocatoria realizada y de los acuerdos en ella adoptados tal y como afirma la Resolución de este Centro Directivo de 3 de agosto de 2016 que además considera que se trata de una causa cualificada pues del artículo 204.3.a) de la Ley de Sociedades de Capital resulta claramente que son irregularidades relevantes no sólo las relativas a las reglas esenciales de constitución del órgano sino también la consistente en la convocatoria realizada por personas u órganos incompetentes, como ocurre en el presente supuesto.

3. Este monopolio del órgano de administración se extiende al supuesto en que exista la solicitud de complemento de convocatoria a que se refiere el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital que dice así: «1. En la sociedad anónima, los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, podrán solicitar que se publique un complemento a la convocatoria de una junta general de accionistas incluyendo uno o más puntos en el orden del día. El ejercicio de este derecho deberá hacerse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria. 2. El complemento de la convocatoria deberá publicarse con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la junta. La falta de publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado será causa de nulidad de la junta».

La Resolución de este Centro Directivo de 1 de octubre de 2013, en un supuesto que guarda similitud con el presente, sentó la doctrina de que: «(...) el órgano de administración, en cuanto tal, monopoliza por atribución legal el ejercicio de dicha competencia (la de convocatoria), aún en los casos en que su ejercicio, más que una facultad constituya un deber, como ocurre en el caso que da lugar a la presente, en que medió la petición de socios que representan más del cinco por ciento del capital (cfr. artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital). Por ello, ni aún en este supuesto, en que media una obligación de convocar -en que la convocatoria constituye en buena medida un acto debido para el consejo de administración-, cabe la actuación individual de un miembro de dicho órgano, por más que ostente la condición de presidente, sino que es necesaria una decisión colectiva adoptada en la forma y con las mayorías previstas estatutariamente. 4. Esta solución, que es la que única posible y compatible con la regulación legal, no queda excepcionada por el hecho de una eventual actuación desleal, abusiva u obstruccionista de uno o varios miembros de dicho consejo de administración. La posible responsabilidad en que pudieran incurrir, en tales supuestos, los administradores no excepciona el criterio fijado en la Ley. En estos casos queda al socio, al margen de la posibilidad de exigir la correspondiente responsabilidad a los administradores, el recurso a la autoridad judicial para que proceda a la convocatoria, tal y como prevé el artículo 169 del cuerpo legal antes referido».

4. Los argumentos de contrario del recurrente no pueden desvirtuar la doctrina expuesta. En primer lugar porque si bien es indiscutible que la posibilidad de solicitar complemento de convocatoria constituye una medida protectora de la minoría en la sociedad anónima, no lo es menos que su ejercicio debe acomodarse a los requisitos legales y a las exigencias de funcionamiento del órgano de administración que derivan de la propia Ley de Sociedades de Capital. Es cierto que, formulada en tiempo y forma la solicitud de complemento de convocatoria por accionista legitimado, la publicación del complemento de convocatoria por el órgano de administración es un acto debido cuyo incumplimiento acarrea, en su caso, la responsabilidad de los administradores. No es menos cierto, sin embargo, que la publicación sin dejar de ser un acto debido no es

automática, toda vez que los administradores no solo pueden sino que deben realizar una función de filtro de la solicitud para comprobar si queda acreditada la legitimación del socio, si se cumplen los requisitos legales de tiempo y forma de la solicitud y, en fin, del contenido mismo de la solicitud en lo que hace al orden del día complementado.

5. En relación con la conducta a seguir por los administradores en los supuestos en que exista un deber legal o estatutario de convocar junta o de adicionar puntos/asuntos en el orden del día de una junta convocada, no se puede hablar de «automatismo». Los administradores de la sociedad afectada por una solicitud de convocatoria o de complemento de convocatoria no solo pueden sino que deben cumplir con su deber de convocar la junta, cualquiera que sea su fundamento (legal o estatutaria) vigilando que se cumpla el pleno respeto a la Ley y a los estatutos y procurando siempre la mejor defensa del interés social.

A tal efecto, deben desempeñar un papel de «filtro» de la solicitud que consiste en cohonestar el deber de convocar con el deber de una defensa diligente del interés social. En sentido negativo, los administradores no quedan excusados en su actuación si se limitan a comprobar la legitimación del solicitante y el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley de tiempo y forma de la solicitud. Pueden incurrir en responsabilidad por el perjuicio causado cuando desempeñan indebidamente su labor de filtro. Tanto da que la junta general en cuestión sea una junta ordinaria o extraordinaria, que sea convocada por ellos mismos (aunque sea a requerimiento de persona obligada) o que sea convocada por el registrador en los casos en que proceda (en el bien entendido que incluso en este caso cabe el complemento de convocatoria en el marco del procedimiento de la convocatoria registral).

Este «deber de filtro» de la solicitud en lo que hace al orden del día/asuntos objeto de la pretensión del legitimado y que pesa sobre los administradores de la sociedad afectada existe en todo caso, incluso en los supuestos menos evidentes como la convocatoria de junta ordinaria o la convocatoria de junta en las situaciones de acefalía en que la fijación del orden del día parece obvia o no-problemática (respectivamente: el orden del día fijado en la ley para la ordinaria por el artículo 164.1 de la Ley de Sociedades Anónimas o la renovación de los cargos ex artículos 171 y 377 de la Ley de Sociedades de Capital). Piénsese que siempre cabe imaginar un uso abusivo o extralimitado del derecho por el socio minoritario o por el interesado. Con mucha más razón cuando el solicitante goza de arbitrio reconocido por la Ley de indicar los «asuntos a tratar» (cfr. artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital) o los puntos del orden del día a adicionar en la convocatoria (cfr. artículo 172.1 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 494 de la Ley de Sociedades de Capital para la sociedad anónima europea) o, incluso, de la inclusión de una nueva propuesta de acuerdo en junta de sociedad anónima cotizada y convocada (artículo 519 de la Ley de Sociedades de Capital).

De lo arriba expuesto se sigue que los administradores pueden/deben oponerse a la inclusión de ciertos puntos en el orden del día cuando esa oposición es legítima o está justificada por coherencia con el deber de diligencia y respeto al interés social. El vigente artículo 2367 CCiv italiano habla de un «rifiuto di provvedere giustificato/ingiustificato». Puede también concederse lo solicitado pero simultáneamente «modificando» o «corrigiendo» el orden del día propuesto. Es decir: sustituyendo el propuesto por otro «congruente» con la solicitud y más conforme con la Ley o el interés social.

En todo caso, toda la doctrina y la práctica forense están conformes en que los administradores cumplen con la Ley cuando, aunque no respeten en su integridad el tenor literal de la propuesta, confeccionan un orden del día coherente o «congruente» con la solicitud practicada y aunque no se respete íntegramente la dicción literal del requerimiento. Tanto la doctrina comparada como la patria y la jurisprudencia recaída, reconocen un evidente margen de arbitrio de los administradores a la hora de la confección del orden del día solicitado por los socios. En este sentido, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1965 que indica con toda claridad que «será innecesario transcribir los propios términos empleados en la solicitud y cuando razones de índole moral o de posible lesión al crédito social así lo aconsejen, deberá redactarse el orden del

día de modo que sin hacerse eco de lo que, en su literal expresión, sea pertinente, se detalle la materia a tratar con el pormenor suficiente (...)». La misma doctrina tiene sentado el Alto Tribunal a propósito del complemento de convocatoria de la junta en la famosa Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2012. Con razón se ha dicho que corresponde a los administradores un deber de revisar las solicitudes y defender una redacción ajustada al interés social. La cuestión resulta muy clara en el caso examinado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, de 8 de enero de 2014, en que los administradores, a petición de minoritario de inclusión de ciertos puntos en el orden del día, habían dado una redacción a la «convocatoria integrada» en la que, sin transcribir la solicitud, se consideraban «subsumidos» los puntos propuestos en los definitivamente redactados. En fin, en el auto de 7 de marzo de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao, que admitió la compatibilidad del derecho a pedir complemento de convocatoria con una convocatoria judicial de junta de anónima, admitió sin bagajes que quedaba mucho más claro un orden del día diferente del propuesto -un orden del día «integrado»- que el que resultaría de incluir puntos diferentes del orden del día contenido contradictorio.

6. Tampoco es aceptable afirmar que en la medida que el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital no especifica la necesidad de previo acuerdo del consejo de administración ni quien debe llevar a cabo la publicación, ni aquel es exigible ni deben plantearse cuestiones de legitimación de ejercicio. Bien al contrario, la ausencia de una regulación específica remite al régimen general de funcionamiento de las sociedades anónimas en la que, como queda expuesto, es esencial la regularidad de la previa decisión del consejo para la validez de la convocatoria de la junta celebrada.

La argumentación del recurrente insiste en que tratándose la publicación del complemento de convocatoria de un acto debido, el órgano de administración no tiene sino que darle cumplimiento. Esta consideración, que parte de la base de que existe un modo de automatismo en el desarrollo de los hechos derivados de la solicitud de complemento de convocatoria, no es correcta. La solicitud de complemento es llevada a cabo por una persona que lleva a cabo determinadas afirmaciones de parte (que es socio, que ostenta un determinado porcentaje de capital, que desea introducir determinados puntos en el orden del día), que el órgano de administración tiene que valorar pues el derecho del socio minoritario a solicitar el complemento no puede desvirtuar el deber del órgano de administración a verificar que el ejercicio se lleva a cabo conforme a derecho. Cuando el órgano de administración se organiza como consejo de administración, el cumplimiento de dicha obligación corresponde al consejo como tal sin que pueda ser llevada a cabo exclusivamente por uno de sus miembros. El consejo, si existen motivos, tiene que decidir si existe causa para no aceptar la condición de socio del solicitante o el porcentaje que afirma ostentar en el capital social. Incluso tiene la obligación de valorar si concurre causa excepcional que aconseje no incluir un punto en el orden del día por el posible perjuicio que el mismo pudiera causar a la sociedad. En suma, el órgano de administración, en ejercicio de sus obligaciones legalmente establecidas está obligado a tomar en consideración la solicitud, a valorarla, a emitir opinión y decidir, bajo su responsabilidad, sobre su procedencia. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente el presidente y consejero delegado lleva a cabo la valoración de la solicitud sin respaldo del órgano competente para hacerlo dando por buenas determinadas afirmaciones del solicitante que, por afectar a la obligación de convocar, competen al conjunto del consejo.

La necesaria reunión previa del consejo de administración implica, ciertamente, la necesidad de un comportamiento diligente por parte de su presidente dada la perentoriedad de los plazos. Pero de aquí no puede seguirse tampoco la posibilidad de sustraer la competencia del consejo de administración. La Ley de Sociedades de Capital ha previsto que entre la convocatoria de junta general y su celebración medie el plazo de un mes (artículo 176), así como que la solicitud de complemento de convocatoria se reciba en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes (artículo 172). La diligencia del órgano de administración se corresponde a la que el propio ordenamiento exige al socio. Ambos deben comportarse de modo especialmente diligente tanto para llevar a cabo la solicitud como para

darle respuesta. Especial relevancia tiene el deber de diligencia del órgano de administración de una sociedad anónima en la que resulta evidente que tras la convocatoria puede producirse la solicitud de complemento a que se refiere el artículo 172 de la Ley reguladora.

Tampoco es aceptable la afirmación relativa a que el distinto régimen jurídico que contempla la Ley de Sociedades de Capital para la convocatoria a instancia de la minoría (artículos 168 y 169), y para el complemento de convocatoria justifica que en este último supuesto se actúe sin necesidad de previo acuerdo del consejo. Ciertamente la Ley de Sociedades de Capital permite, ante una inacción o negativa del órgano de administración tras la solicitud de la minoría de convocatoria de junta con orden del día determinado, que se supla su actuación por el letrado de la Administración de Justicia o por el registrador Mercantil. En este supuesto la solicitud se articula mediante un procedimiento regulado normativamente y con pleno respeto a las garantías exigibles tanto del solicitante como de la propia sociedad (vid. artículo 169).

Por el contrario, si ante una solicitud de complemento de convocatoria el órgano de administración no actúa o se niega a darle curso, es la propia celebración de la junta general la que deviene imposible (artículo 172.2 de la Ley de Sociedades de Capital), precisamente en garantía de los derechos de los socios minoritarios, frustrando así la posibilidad de que se pretenda que se lleve a cabo la discusión y aprobación del orden del día propuesto por el órgano de administración. En esta tesitura, el socio minoritario puede hacer uso de su derecho a solicitar convocatoria del órgano de administración y a incluir los asuntos que desea que sean objeto de trato por la junta (artículos 168 y 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital), requerimiento que si no es atendido puede dar lugar al procedimiento de convocatoria por parte del letrado de la Administración de Justicia o por el registrador Mercantil.

No es admisible pretender que el régimen especial contemplado en la Ley de Sociedades de Capital para aquellas que sean cotizadas sea objeto de extensión a aquellas que no lo son. La existencia de un régimen especial que se justifica por el tamaño, estructura y control público que sobre las mismas contempla el ordenamiento excluye de principio toda pretensión de aplicación analógica, a salvo aquellos supuestos que se puedan encontrar debidamente fundamentados lo que, en el presente caso, no ocurre a la vista de las consideraciones ya expuestas lo que hace innecesario entrar en un estudio más detallado sobre el sentido y alcance del artículo 529 ter de la Ley de Sociedades de Capital.

No cabe en fin, pretender que el presidente o consejero delegado que actúa sin previo acuerdo del consejo para publicar el complemento de convocatoria no tiene otra opción para salvar su responsabilidad. Como resulta con toda claridad de la regulación legal la responsabilidad en la actuación de los miembros del órgano de administración es individual (artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital), por lo que cada administrador responde «del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa». No obsta a lo anterior el carácter solidario de la responsabilidad pues: «Todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél». Aplicadas las consideraciones anteriores al supuesto de hecho, si efectivamente el presidente del consejo lo convocó para deliberar y decidir sobre la solicitud de complemento de convocatoria y no se pudo constituir por inasistencia de algunos de sus miembros, la responsabilidad de cada miembro del órgano dependerá de los actos que a su acción se deban, circunstancia esta cuya apreciación corresponde a los tribunales de Justicia (artículos 238, 240 y 241 de la Ley de Sociedades de Capital). En definitiva y como afirmara la transcrita Resolución de 1 de octubre de 2013, la posible responsabilidad de los administradores no excepciona el régimen legal.

7. El mismo destino desestimatorio le corresponde al segundo motivo de recurso por cuanto, como ha afirmado esta Dirección General (vid. Resolución de 28 de junio de 2013), el acta notarial de la junta general de una sociedad de capital tiene en principio (cuando sea

solicitada voluntariamente por los administradores) la misma finalidad probatoria que un acta ordinaria, pero con el valor añadido de que, al ser un instrumento público, quedan bajo la fe del notario los hechos consignados en la misma. Pero el legislador, en determinados casos y precisamente por la garantía que comporta la intervención notarial, impone la obligación de acudir a esa forma de documentación. Así ocurre en el artículo 203.1 de la Ley de Sociedades de Capital, que obliga a los administradores para requerir la presencia de notario siempre que, con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la junta, lo soliciten socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social en la sociedad anónima o el cinco por ciento en la sociedad de responsabilidad limitada. Según este precepto legal, en este caso los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial. Sin duda, mediante este condicionamiento de la eficacia de los acuerdos a su constancia en acta notarial se pretende dotar a la minoría de una mayor protección. Ciertamente la premura del plazo exige del órgano de administración una diligencia extrema lo que, como en el supuesto del complemento de convocatoria, no permite soslayar el cumplimiento de los requisitos legales sobre funcionamiento del órgano de administración y sin perjuicio de la responsabilidad que de ello pueda derivarse tanto para los administradores como para quien ejercite su derecho de forma contraria a las exigencias de la buena fe.

En definitiva, el cumplimiento de la obligación que compete al órgano de administración, cuando esté estructurado como consejo de administración, le corresponde al propio consejo por lo que será este el que deberá el curso correspondiente. Nuevamente, no nos hallamos ante un acto de mero cumplimiento que permita una aplicación automática de la norma. Corresponde al consejo evaluar la solicitud del socio minoritario y tomar la decisión que corresponda sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad que derive su actuación. Así lo entendió este Centro Directivo en su Resolución de 19 de septiembre de 2000 (y no de 24 de octubre, fecha en la que se publicó en el «Boletín Oficial del Estado»), cuando afirmó: «Es cierto que el requerimiento de la presencia de Notario para levantar acta de la junta general de accionistas constituye como la de convocatoria de la misma, dejando al margen los supuestos previstos de convocatoria judicial, competencia reservada por la ley al órgano de administración con carácter exclusivo, función que se contempla como facultad y como obligación (cfr. artículo 114 de la Ley de Sociedades Anónimas), y que en caso de existir un órgano de administración plural ha de ser atribuida a sus miembros en idéntica forma a la correspondiente a su actuación».

El recurrente afirma que no estamos ante una facultad comprendida en el artículo 249 bis de la Ley de Sociedades de Capital como indelegable por lo que el cumplimiento de la obligación que compete a todo el consejo puede ser ejecutada por el consejero delegado. La afirmación es insostenible por resultar evidente que se trata de una obligación vinculada a la convocatoria de la junta y por tanto indelegable por el consejo de administración.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 31 de enero de 2018.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.